

INSTRUCȚIUNI PRIVIND RESTRIȚIONĂRILE DIRECT LEGATE ȘI NECESARE PUNERII ÎN APLICARE A CONCENTRĂRILOR ECONOMICE

În temeiul art.27 alin.(1) și (3) lit.a) din Legea concurenței nr.21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, denumită în continuare „lege”, Consiliul Concurenței adoptă prezentele instrucțiuni.

I. INTRODUCERE

- 1.** Prezentele instrucțiuni oferă îndrumări privind interpretarea noțiunii de restricționări direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrărilor economice (denumite în continuare „restricționări auxiliare”), cu scopul de a oferi siguranță juridică întreprinderilor implicate într-o concentrare economică. Îndrumările oferite în secțiunile următoare stabilesc principiile de evaluare, pentru a ști dacă și în ce măsură cele mai des întâlnite tipuri de acorduri sunt considerate a fi restricționări auxiliare.
- 2.** Instrucțiunile reglementează evaluarea restricționărilor auxiliare, introducând totodată un principiu de autoevaluare a respectivelor restricționări potrivit căruia autoritatea de concurență nu este obligată să procedeze la analiza individuală a acestora. Întreprinderile implicate trebuie astfel să evalueze dacă și în ce măsură acordurile la care aceștia sunt părți pot fi considerate auxiliare unei concentrări economice. Pentru acele cazuri care generează incertitudine, nefiind reglementate de prezentele instrucțiuni, întreprinderile pot solicita Consiliului Concurenței să evalueze în mod expres caracterul auxiliar al restricționărilor existente.
- 3.** În măsura în care restricționările sunt direct legate și necesare implementării concentrării economice se aplică exclusiv Regulamentul privind concentrările economice. Pentru restricționările care nu pot fi considerate direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice, art.5 și art.6 din lege, respectiv art.101 și art.102 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene rămân în mod potențial aplicabile. Faptul că un acord sau un aranjament nu se consideră a fi auxiliar unei concentrări economice nu prejudiciază ca atare statutul juridic al acestuia. Astfel de acorduri sau aranjamente trebuie evaluate în conformitate cu art.5 și art.6 din lege și cu legislația secundară conexă.

II. PRINCIPII GENERALE

- 4.** O concentrare economică constă în acorduri și aranjamente contractuale care stabilesc controlul, în sensul art.10 alin.(5) din lege. Toate acordurile care îndeplinesc scopul principal al concentrării economice, cum ar fi cele legate de vânzarea de acțiuni sau de active ale unei întreprinderi fac parte integrantă din concentrarea economică. Pe lângă aceste acorduri și aranjamente, părțile la concentrare pot încheia și alte acorduri care nu constituie o parte integrantă a concentrării economice, dar care pot restrânge libertatea de acțiune pe piață a părților. În cazul în care aceste

acorduri conțin restricționări auxiliare, acestea sunt în mod automat cuprinse în decizia care declară concentrarea economică compatibilă cu mediul concurențial normal.

5. Criteriile privind legătura directă și necesitatea sunt, prin natura lor, obiective. Restricționările nu sunt direct legate și necesare punerii în aplicare a unei concentrări economice doar pentru că părțile le consideră ca atare.
6. Pentru ca restricționările să fie considerate „*direct legate de punerea în aplicare a concentrării economice*” acestea trebuie să fie strâns legate de concentrarea economică însăși. Nu este suficient ca un acord să fie încheiat în același context sau în același timp cu concentrarea economică¹. Restricționările care sunt direct legate de concentrare se raportează, din punct de vedere economic, la tranzacția principală și au scopul de a permite o tranziție fără dificultăți între vechea și noua structură a întreprinderii după realizarea concentrării economice.
7. Acordurile trebuie să fie „*necesare punerii în aplicare a concentrării economice*”, ceea ce înseamnă că, în absența respectivelor acorduri, concentrarea nu poate fi pusă în aplicare sau poate fi pusă în aplicare doar în condiții considerabil mai nesigure, cu costuri semnificativ mai mari, într-o perioadă de timp apreciabil mai lungă sau cu dificultăți mult sporite. Acordurile necesare punerii în aplicare a concentrării economice au în mod normal scopul de a proteja valoarea transferată, de a menține continuitatea în aprovizionare și după divizarea unei entități economice existente anterior sau de a contribui la înființarea unei noi entități. Pentru a stabili dacă o restricționare este necesară, trebuie nu numai să se ia în considerare natura acesteia, ci să se asigure faptul că durata, obiectul și aria geografică de aplicare ale acesteia nu depășesc ceea ce este necesar în mod rezonabil pentru punerea în aplicare a concentrării economice. În cazul în care sunt disponibile alternative la fel de eficiente pentru atingerea scopului legitim propus, întreprinderile trebuie să o aleagă pe aceea care, în mod obiectiv, restrânge cel mai puțin concurența.
8. În cazul concentrărilor economice care sunt realizate în etape, aranjamentele contractuale legate de etapele anterioare stabilirii controlului în sensul art.10 alin.(1) și (5) din lege nu pot fi, în mod normal, considerate direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice. Cu toate acestea, un acord de abținere de la schimbări semnificative în activitatea vizată până la încheierea operațiunii se consideră direct legată și necesară punerii în aplicare a ofertei comune. Același lucru este valabil și, în contextul unei oferte comune, pentru orice angajament luat de către participanții la achiziția în comun a unei întreprinderi de a nu face oferte concurente separate pentru aceeași întreprindere sau de a achiziționa controlul pe altă cale.
9. Acordurile care au scopul de a facilita dobândirea controlului în comun trebuie considerate direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice. Acest lucru se aplică aranjamentelor între părți în

¹ În același mod, o restricționare poate fi, în cazul în care toate celelalte cerințe sunt îndeplinite, „direct legată” chiar dacă nu a fost încheiată în același timp cu acordul care îndeplinește scopul principal al concentrării economice.

cea ce privește dobândirea controlului în comun ce are ca scop punerea în aplicare a divizării activelor pentru a împărți între ele facilitățile de producție sau rețelele de distribuție, precum și mărcile existente ale întreprinderii achiziționate în comun.

10. În măsura în care o asemenea împărțire implică divizarea unei entități economice preexistente, aranjamentele care fac posibilă divizarea în condiții rezonabile trebuie considerate direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice, în temeiul principiilor stabilite în continuare.

III. PRINCIPII APLICABILE RESTRICTIONĂRILOR DES ÎNTÂLNITE ÎN CAZURILE DE ACHIZIȚIONARE A UNEI ÎNTRINDERI

11. Restricționările convenite între părți, în contextul transferului unei întreprinderi, pot fi în beneficiul cumpărătorului sau al vânzătorului. În general, nevoia cumpărătorului de a beneficia de o anumită protecție este mai imperioasă decât nevoia corespunzătoare a vânzătorului. Cumpărătorul trebuie să fie asigurat că i se va permite să dobândească întreaga valoare a afacerii achiziționate. Astfel, ca regulă generală, restricționările în favoarea vânzătorului fie nu sunt deloc direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice, fie sfera de aplicare și/sau durata acestora trebuie să fie mai limitate decât cele ale clauzelor în favoarea cumpărătorului.

A. Clauze de non-concurență

12. Obligațiile de non-concurență care sunt impuse vânzătorului în contextul transferului unei întreprinderi sau al unei părți a acesteia pot fi direct legate și necesare implementării concentrării economice. Pentru a intra în posesia valorii totale a activelor transferate, cumpărătorul trebuie să poată beneficia de o anumită protecție împotriva concurenței din partea vânzătorului pentru a câștiga fidelitatea clienților și pentru a asimila și exploata know-how-ul. Astfel de clauze de non-concurență garantează transferul către cumpărător al valorii totale a activelor transferate, care includ, în general, atât active corporale, cât și necorporale, precum fondul de comerț acumulat sau know-how-ul² dezvoltat de vânzător. Aceste restricționări nu sunt doar direct legate de concentrarea economică, dar sunt de asemenea necesare punerii sale în aplicare, deoarece, în absența acestora, ar exista motive întemeiate pentru a crede că vânzarea întreprinderii sau a unei părți din acesta nu ar putea fi realizată.
13. Cu toate acestea, astfel de clauze de non-concurență sunt justificate doar prin scopul legitim de punere în aplicare a concentrării economice, atunci când durata, aria geografică de aplicare, obiectul și persoanele care intră sub incidența acestora nu depășesc ceea ce este necesar în mod rezonabil pentru atingerea respectivului scop.
14. Clauzele de non-concurență sunt justificate pentru perioade de până la trei ani, atunci când transferul întreprinderii cuprinde transferul fidelității clienților, atât sub formă de fond de comerț, cât și de know-how. Atunci

² Conform definiției din art.2 alin.1 lit.i) din Regulamentul privind exceptarea acordurilor de transfer de tehnologie de la aplicarea prevederilor art.5 alin.(1) din Legea concurenței nr.21/1996.

când este cuprins doar fondul de comerț, clauzele de non-concurență se justifică pentru perioade de până la doi ani.

- 15.** Clauzele de non-concurență nu pot fi considerate necesare atunci când transferul se limitează de fapt doar la activele corporale (cum ar fi terenul, clădirile sau instalațiile) sau la drepturile exclusive de proprietate industrială și comercială (ai căror titulari pot acționa imediat împotriva încălcărilor comise de cedentul respectivelor drepturi).
- 16.** Aria geografică de aplicare a unei clauze de non-concurență trebuie să se limiteze la zona în care vânzătorul a oferit produsele sau serviciile relevante înainte de transfer, deoarece cumpărătorul nu are nevoie de protecție împotriva concurenței din partea vânzătorului în teritoriile în care acesta nu a pătruns anterior. Această arie geografică de aplicare poate fi extinsă la teritoriile în care vânzătorul intenționa să pătrundă la momentul tranzacției, cu condiția ca acesta să fi făcut deja investiții în acest sens.
- 17.** În mod similar, clauzele de non-concurență trebuie să se limiteze la produsele (inclusiv versiuni îmbunătățite sau actualizate ale produselor, precum și modelele care le succed) și la serviciile care fac obiectul activității economice a întreprinderii transferate. Pot fi incluse aici produsele și serviciile aflate într-un stadiu avansat de dezvoltare la momentul tranzacției sau produse complet îmbunătățite, dar care încă nu sunt comercializate. Nu este considerată necesară protecția împotriva concurenței din partea vânzătorului pe piețele produsului sau serviciului în care agentul economic transferat nu activa anterior transferului.
- 18.** Vânzătorul își poate impune restricționări lui însuși, filialelor sale și agenților săi comerciali. Cu toate acestea, o obligație de a impune restricționări similare terților nu trebuie considerată direct legată și necesară pentru punerea în aplicare a concentrării economice. Acest lucru se aplică, în special, clauzelor care ar restrânge libertatea revânzătorilor sau a utilizatorilor de a importa sau exporta.
- 19.** Clauzele care limitează dreptul vânzătorului de a achiziționa sau de a deține acțiuni la o societate concurentă cu activitatea transferată trebuie considerate direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice în aceleași condiții ca cele descrise mai sus pentru clauzele de non-concurență. Excepție face cazul în care clauzele îl împiedică pe vânzător să achiziționeze sau să dețină acțiuni doar în scopul de a face o investiție financiară, fără a-i garanta, direct sau indirect, funcții de conducere sau vreo influență determinantă în societatea concurentă.
- 20.** Clauzele de non-solicitare și de confidențialitate au un efect comparabil cu clauzele de non-concurență și, prin urmare, sunt evaluate într-un mod similar cu acestea³.

³ În consecință, clauzele de confidențialitate referitoare la detalii privind clientela, prețurile și cantitățile nu se pot prelungi. În schimb, clauzele de confidențialitate privind know-how-ul pot fi justificate în mod excepțional pentru perioade mai lungi de timp.

B. Acorduri de licență

- 21.** Transferul unei întreprinderi sau al unei părți a acestuia poate include transferul către cumpărător, în scopul exploatarei depline a activelor transferate, al drepturilor de proprietate intelectuală și al know-how-ului. Cu toate acestea, vânzătorul poate rămâne proprietarul drepturilor în vederea exploatării lor în cadrul altor activități decât cele transferate. În aceste cazuri, metoda obișnuită de a garanta cumpărătorului deplina utilizare a activelor transferate este de a încheia acorduri de licență în favoarea acestuia. În mod similar, în cazul în care vânzătorul a transferat drepturile de proprietate intelectuală împreună cu activitatea, acesta poate dori să utilizeze în continuare unele sau toate aceste drepturi în cadrul altor activități decât cele transferate; într-un astfel de caz, cumpărătorul va acorda o licență vânzătorului.
- 22.** Licențele de brevete⁴, de drepturi similare sau de know-how⁵ pot fi considerate necesare punerii în aplicare a concentrării economice. Acestea pot fi considerate de asemenea parte integrantă din concentrarea economică și, în orice caz, nu trebuie să fie limitate în timp. Respectivetele licențe pot fi simple sau exclusive și pot fi limitate la anumite domenii de utilizare, în măsura în care corespund activităților întreprinderii transferate.
- 23.** Cu toate acestea, limitările teritoriale de producție care corespund teritoriului activității transferate nu sunt necesare punerii în aplicare a operațiunii de concentrare economică. În ceea ce privește licențele acordate de vânzătorul activității în favoarea cumpărătorului, vânzătorul poate face obiectul unor restricționări teritoriale în acordul de licență, în aceleași condiții ca cele stabilite pentru clauzele de non-concurență în contextul vânzării unei activități.
- 24.** Restricționările din acordurile de licență care depășesc sfera dispozițiilor menționate anterior, precum cele care protejează pe cel care acordă licența mai degrabă decât pe beneficiarul acesteia, nu sunt necesare punerii în aplicare a concentrării economice⁶.
- 25.** În mod similar, în cazul licențelor de mărci, denumiri comerciale, drepturi de desene și modele industriale, drepturi de autor sau drepturi conexe, pot exista situații în care vânzătorul dorește să rămână proprietarul acestor drepturi, pentru activitățile reținute, dar cumpărătorul are nevoie de aceste drepturi pentru a comercializa bunurile sau serviciile produse de întreprinderea sau partea din întreprindere care i-a fost transferată. În aceste cazuri se aplică aceleași considerații ca cele menționate anterior.

⁴ Inclusiv brevete de invenție, cereri de brevete, modele de utilitate, cereri de înregistrare de modele de utilitate, desene, topografii ale circuitelor integrate, certificate de protecție suplimentară pentru produsele farmaceutice sau alte produse susceptibile de a beneficia de acestea și certificate pentru atestarea de noi soiuri de plante, prevăzute la art.2 alin.(1) lit.h) din Regulamentul privind exceptarea acordurilor de transfer de tehnologie de la aplicarea prevederilor art.5 alin.(1) din Legea concurenței nr.21/1996.

⁵ Conform definiției de la art.2 alin.(1) lit.i) din Regulamentul privind exceptarea acordurilor de transfer de tehnologie de la aplicarea prevederilor art.5 alin.(1) din Legea concurenței nr.21/1996.

⁶ În măsura în care se încadrează în dispozițiile art.5 alin.(1) din lege, aceste acorduri intră totuși sub incidența Regulamentului privind exceptarea acordurilor de transfer de tehnologie de la aplicarea prevederilor art.5 alin.(1) din Legea concurenței nr.21/1996.

C. Obligații de cumpărare și de furnizare

- 26.** În multe cazuri, transferul unei întreprinderi sau al unei părți a acesteia poate implica întreruperea relațiilor tradiționale de aprovizionare și de furnizare care existau ca rezultat al integrării anterioare a activităților în cadrul unității economice a vânzătorului. Pentru a permite dezmembrarea unității economice a vânzătorului și transferul parțial al activelor către cumpărător în condiții rezonabile, adesea este necesară menținerea, pentru o perioadă de tranziție, a legăturilor existente sau a unor legături similare între vânzător și cumpărător. Acest obiectiv este atins, în mod normal, prin impunerea de obligații de cumpărare și de furnizare vânzătorului și/sau cumpărătorului întreprinderii sau al unei părți a acesteia. Luând în considerare situația specială rezultată din dezmembrarea unității economice a vânzătorului, aceste obligații pot fi considerate direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice. Acestea pot fi în favoarea vânzătorului sau a cumpărătorului, în funcție de circumstanțele specifice fiecărui caz.
- 27.** Scopul acestor obligații poate fi acela de a garanta continuitatea furnizării către oricare dintre părți a produselor necesare pentru continuarea activităților reținute de vânzător sau preluate de către cumpărător. Cu toate acestea, durata obligațiilor de cumpărare sau de furnizare trebuie limitată la o perioadă necesară înlocuirii relației de dependență cu una de autonomie pe piață. Astfel, obligațiile de cumpărare sau de furnizare, având drept scop garantarea cantităților furnizate anterior se pot justifica pentru o perioadă de tranziție de până la cinci ani.
- 28.** Atât obligațiile de furnizare, cât și cele de cumpărare, care prevăd cantități fixe, eventual însoțite de o clauză de variație, sunt recunoscute a fi direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice. Cu toate acestea, obligațiile care prevăd cantități nelimitate⁷, exclusivitate sau cele care conferă statut de furnizor privilegiat sau de cumpărător privilegiat nu sunt necesare punerii în aplicare a concentrării economice.
- 29.** Contractele de servicii și de distribuție sunt echivalente prin efect cu acordurile de furnizare; în consecință, se aplică aceleași considerații ca și cele menționate anterior.

IV. PRINCIPII APLICABILE RESTRICȚIONĂRILOR DES ÎNTÂLNITE ÎN CAZUL SOCIETĂȚILOR ÎN COMUN ÎN SENSUL ART.10 ALIN.(2) ȘI (4) DIN LEGE

A. Obligații de non-concurență

- 30.** O obligație de non-concurență între societățile-mamă și societatea în comun poate fi considerată direct legată și necesară punerii în aplicare a concentrării economice, în cazul în care astfel de obligații corespund produselor, serviciilor și teritoriilor care fac obiectul acordului de înființare a societății în comun sau al statutului acesteia. Astfel de clauze de non-concurență reflectă, printre altele, necesitatea de a asigura buna credință

⁷ Conform principiului proporționalității, obligațiile ce stabilesc cantități fixe cu o clauză de variație sunt, în aceste cazuri, mai puțin restrictive în ceea ce privește concurența.

pe parcursul negocierilor; acestea pot reflecta, de asemenea, necesitatea de a folosi în întregime activele societății în comun sau de a permite societății în comun să asimileze know-how-ul și fondul de comerț, oferite de societățile-mamă; sau necesitatea de a proteja interesele societăților-mamă în cadrul societății în comun împotriva actelor de concurență înlesnite, printre altele, de accesul privilegiat al societăților-mamă la know-how și la fondul de comerț transferat sau dezvoltat de societatea în comun. Astfel de obligații de non-concurență între societățile-mamă și societatea în comun se pot considera direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice pe toată perioada existenței societății în comun.

- 31.** Aria geografică de aplicare a unei clauze de non-concurență trebuie să fie limitată la zona în care societățile-mamă ofereau produsele sau serviciile relevante anterior creării societății în comun. Respectiva arie geografică de aplicare se poate extinde la teritoriile în care societățile-mamă intenționau să pătrundă la momentul tranzacției, în condițiile în care facusera deja investiții în acest scop.
- 32.** În mod similar, clauzele de non-concurență trebuie să fie limitate la produsele și serviciile care fac obiectul activității economice a societății în comun. Acesta poate include produsele și serviciile aflate într-un stadiu avansat de dezvoltare la momentul realizării operațiunii, precum și produsele și serviciile complet dezvoltate, dar care nu au fost comercializate încă.
- 33.** În cazul în care societatea în comun a fost creată în scopul intrării pe o nouă piață, se va face referire la produsele, serviciile și teritoriile în care aceasta își va desfășura activitatea, în temeiul acordului sau al statutului societății în comun. Cu toate acestea, se presupune că interesul unei societăți-mamă în cadrul societății în comun nu trebuie să fie protejat împotriva concurenței din partea celeilalte societăți-mamă pe alte piețe decât pe cele pe care va activa societatea în comun din momentul înființării sale.
- 34.** În plus, obligațiile de non-concurență între societățile-mamă care nu controlează societatea în comun și aceasta din urmă nu sunt direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice.
- 35.** Aceleași principii ca și cele privind clauzele de non-concurență se aplică clauzelor de confidențialitate și de non-solicitare.

B. Acorduri de licență

- 36.** O licență acordată societății în comun de către societățile-mamă poate fi considerată direct legată și necesară punerii în aplicare a concentrării economice. Aceasta se aplică indiferent dacă licența este sau nu exclusivă și dacă este sau nu limitată în timp. Licența poate fi restrânsă la un anumit domeniu de utilizare care corespunde activităților societății în comun.
- 37.** Licențele acordate de societatea în comun uneia dintre societățile-mamă sau acordurile de licență încrucișate pot fi considerate direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrării economice, în aceleași condiții ca în cazul achiziției unei întreprinderi. Acordurile de licență între societățile-mamă nu sunt considerate direct legate și necesare realizării unei societăți în comun.

C. Obligații de cumpărare și de furnizare

- 38.** În cazul în care societățile-mamă rămân prezente pe o piață situată în amonte sau în aval față de piața societății în comun, orice acorduri de cumpărare și de furnizare, inclusiv contractele de servicii și de distribuție, fac obiectul principiilor aplicabile în cazul transferului unei întreprinderi.

V. INTRAREA ÎN VIGOARE

- 39.** Prezentele instrucțiuni vor fi puse în aplicare prin ordin al Președintelui Consiliului Concurenței, urmând a fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I.